

最高裁婚外子相続分差別違憲決定と婚姻制度

著者	水野 紀子
雑誌名	東北ローレビュー
巻	1
ページ	9-28
発行年	2014-03-31
URL	http://hdl.handle.net/10097/00127027

最高裁婚外子相続分差別違憲決定と婚姻制度

東北大学大学院法学研究科教授 水野 紀子

- I 最高裁決定に見られる法律婚と事実婚の認識
- II 家族法学に見られる法律婚と事実婚の認識
- III 制度論と法の支配
- IV おわりに

I 最高裁決定に見られる法律婚と事実婚の認識

最大決平成25・9・4は、全員一致で、非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の2分の1と定めた民法900条4号ただし書前段の規定が憲法14条1項に違反すると判示した¹⁾。本件の事案は、単純内縁子ではなく、法律婚と競合する男女関係から出生した婚外子のケースであり、婚姻制度とともっとも緊張関

1) 最高裁大法廷決定については、すでにいくつかの評釈が活字になっている。蟻川恒正「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」法教397号102頁（2013年）、同「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を書く(1)(2)～」法教399号132頁（2014年）・400号132頁以下（2014年）、渡邊泰彦「嫡出子でない子の法定相続分の違憲判断——民法の立場から」TKC ローライブラリー新・判例解説 Watch 民法（家族法）No.66（2013年）、潮見佳男「婚外子相続分差別違憲決定と『先例拘束性』」金法1982号1頁（2013年）、尾島明「嫡出でない子の法定相続分に関する最高裁大法廷決定」ひろば66巻12号35頁（2013年）、伊藤正晴「最高裁大法廷・時の判例」ジュリ1460号88頁（2013年）、水野紀子「婚外子相続分差別違憲決定」法時1066号1頁（2013年）、二宮周平「婚外子相続分差別を違憲とした最高裁大法廷決定を学ぶ」戸時703号2頁（2013年）、松原正明「判例解説・最高裁平成25年9月4日大法廷決定」戸時703号13頁（2013年）、糠塚康江「判例クローズアップ・婚外子法定相続分差別最高裁大法廷違憲決定」法教400号81頁（2014年）など。なお本稿は、上記の拙稿および水野紀子「非嫡出子の相続分格差をめぐる憲法論の対立」法セ662号4頁（2010年）、同「日本における家族法の変容」ひろば66巻12号4頁（2013年）と重複する内容が多い。

係にあるこの婚外子類型において相続分差別が違憲とされたからには、事案類型的な例外は今後も考えられず、民法のこの規定は事案を問わず一律に無効とされることになろう。

この最高裁決定を受けて、民法900条4号ただし書前段部分を削除する民法改正法（平成25年法律第94号）が12月11日に公布・施行されたが、この立法作業が、自民党の反対によって難航したことは記憶に新しい。「党内で慎重論が強いのは理由がある。法律婚と事実婚の法的な格差をなくせば国民の結婚観や家族観に誤った影響を与えかねず、事実婚が増え、家族制度が崩壊しかねないという懸念が拭えないからだ。最高裁決定が婚外子の相続差別を違憲とした理由に『社会動向や家族形態の多様化』を挙げたことにも、『根拠が曖昧だ』との批判がある。」²⁾と報道されている。他方、事実婚を推奨する勢力は、事実婚と法律婚の平等化を唱え、法的な差をなくすことを要求する。しかし筆者は、そもそもこのような議論の立て方に非常に疑問がある。

合憲判断を下した最大決平成7・7・5民集49巻7号1789頁は、次のように述べていた。「憲法24条1項は、婚姻は両性の合意のみに基づいて成立する旨を定めるところ、民法739条1項は、『婚姻は、戸籍法の定めるところによりこれを届け出ることによつて、その効力を生ずる。』と規定し、いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用し、また、同法732条は、重婚を禁止し、いわゆる一夫一婦制を採用することを明らかにしているが、民法が採用するこれらの制度は憲法の右規定に反するものでないことはいうまでもない。そして、このように民法が法律婚主義を採用した結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ、親子関係の成立などにつき異なった規律がされ、また、内縁の配偶者には他方の配偶者の相続が認められないなどの差異が生じて、それはやむを得ないところといわなければならない。本件規定の立法理由は、法律上の配偶者との間に出生した嫡出子の立場を尊重するとともに、他方、被相続人の子である非嫡

2) 2013年10月23日付けネットニュースによる。<http://sankei.jp.msn.com/politics/news/131023/plc13102322380023-n2.htm>

出子の立場にも配慮して、非嫡出子に嫡出子の2分の1の法定相続分を認めることにより、非嫡出子を保護しようとしたものであり、法律婚の尊重と非嫡出子の保護の調整を図ったものと解される。これを言い換えれば、民法が法律婚主義を採用している以上、法定相続分は婚姻関係にある配偶者とその子を優遇してこれを定めるが、他方、非嫡出子にも一定の法定相続分を認めてその保護を図ったものであると解される」。この判旨を改めて読むと、民法の立法主義には、法律婚主義以外の選択肢、具体的にはおそらく事実婚主義を採用する可能性があるように受け取れる。

しかし、そもそも事実婚主義を採用することが近代国家に可能だろうか。事実婚主義という用語は多義的ではあるが、ヨーロッパの議論の文脈では、民事婚が対抗したものであった宗教婚や中世イギリスのコモン・ロー婚が法律婚主義に対比される事実婚主義であり、それを日本の文脈でいえば、近代法導入以前の、たとえば三三九度の儀式によって成立する民俗婚がそれにあたるだろう。教会権力と国家権力が婚姻の認証権を争うような時代でこそ、事実婚主義はありえたかもしれないが、現代では不可能である。日本においても、およそ法治国家であるのなら、民俗婚が採用されうのだろうか。国家権力が、当事者の婚姻意思もさだかでない民俗婚を婚姻とみなして法的効果を強制することは、近代国家として現実的な選択肢ではない。

それでは逆に、現在唱えられている事実婚主義は、婚姻に関するすべての法規制を撤廃することを要求するのだろうか。極端な理念としては、アレクサンドラ・コロンタイが言ったとされる「性的な欲求の充足は、一杯の水を得ることと同じくらい単純でなければならない」という表現にみられるような自由放任も、想定しうるのかもしれない。しかしおよそ人類が家族を形成して生活をし始めて以来、公認されたカップル以外の家族間の性交渉を禁じる「インセスト・タブー」と、カップル間で貞操義務をもち、社会もその觀念を共有する「結婚」とは、人類社会に不可欠な「概念」であり「法」である。その「法」をどのように構築するかという問題は、近代以降は、国家法が規制する婚姻とそれ以外の当事者の自由に委ねられる男女関係との切り分

け、および、国家法の婚姻規制をどのような内容にするかという問題になろう。そして日本法は、当事者間の自由の領域に国家が踏み込む内縁準婚理論が長らく通説となってきたことにみられるように国家法の自制に無頓着であったという問題のほか、なにより婚姻の効果があまりにも脆弱であって弱者保護ができないという婚姻の規制内容における問題が非常に大きい。

今回の最高裁大法廷違憲決定は、日本の家族と家族法の変容について、次のように語る。「昭和22年民法改正の経緯をみると、その背景には、『家』制度を支えてきた家督相続は廃止されたものの、相続財産は嫡出の子孫に承継させたいとする気風や、法律婚を正当な婚姻とし、これを尊重し、保護する反面、法律婚以外の男女関係、あるいはその中で生まれた子に対する差別的な国民の意識が作用していたことがうかがわれる。(中略)しかし、昭和22年民法改正以降、我が国においては、社会、経済状況の変動に伴い、婚姻や家族の実態が変化し、その在り方に対する国民の意識の変化も指摘されている。すなわち、地域や職業の種類によって差異のあるところであるが、要約すれば、戦後の経済の急速な発展の中で、職業生活を支える最小単位として、夫婦と一定年齢までの子どもを中心とする形態の家族が増加するとともに、高齢化の進展に伴って生存配偶者の生活の保障の必要性が高まり、子孫の生活手段としての意義が大きかった相続財産の持つ意味にも大きな変化が生じた。昭和55年法律第51号による民法の一部改正により配偶者の法定相続分が引上げられるなどしたのは、このような変化を受けたものである。さらに、昭和50年代前半頃までは減少傾向にあった嫡出でない子の出生数は、その後現在に至るまで増加傾向が続いているほか、平成期に入った後においては、いわゆる晩婚化、非婚化、少子化が進み、これに伴って中高年の未婚の子どもがその親と同居する世帯や単独世帯が増加しているとともに、離婚件数、特に未成年の子を持つ夫婦の離婚件数及び再婚件数も増加するなどしている。これらのことから、婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいることが指摘されている。」と。

ここに描かれた日本の家族と家族法の変遷は、それ自体としては間違いとまではいえない。しかしここで省略された点との対比でいえば、ミスリーディングであるとはいえるように思う。最高裁大法廷決定判旨と岡部補足意見は、西欧法の平等化や事実婚の台頭という変化に触れている。そして最高裁判旨が西欧法と比較して眺める視点は、日本法や日本の家族の変遷が、単純に西欧法のそのような変化を追いかけるもの、また追いかけるべきものであるように描かれている。しかしいうまでもなく西欧法の変化と日本法のそれとの相違は大きい。まだ法制度の相違に比べれば、産業構造の変化や都市化が家族にもたらす変化は国を超えて類似するから、家族の変化は、共通している点が多いといえる。それでも日本の家族の変化には、西欧と異なる独自の特徴があり、その相違をもたらす原因のいくらかは、法制度の相違がもたらしているように思われる。そして、そのような日本法独自の傾向にもし自覚的であったなら、変遷を描くとしても、最高裁判旨のような描き方にはならなかったであろう。

判旨前記引用部分の第一文は、「家督相続は廃止されたものの」法律婚を尊重し保護する意識があったとする。この書き方では、「家」制度と法律婚の尊重とが連続的に捉えられている。しかしこの両者は思想レベルでは異質であり、むしろ「家」制度ゆえに、同時代の西欧法よりも、法律婚の尊重ははるかに後退させられていた。明治民法の家督相続は、「家」を代表する戸主が主要な財産をもっていたため、戸主以外の家族が死亡した場合の遺産相続よりも大きな意味をもつ主たる相続であったが、戸主の相続順序は嫡出女子よりは非嫡出男子を優先するものであり、戸主の妻がどれほど戸主の財産形成に助力したとしても、妻の相続権はなかった。そしてなにより明治民法は、西欧法と比較すると、婚姻保護が著しく弱い家族法であった。公的介入のない協議離婚制度は、事実上の追い出し離婚を可能にするものであったし、離婚給付もなかった。

昭和22年の民法改正は、このような婚姻保護の脆弱さを改めるものではなかった。一般には、明治民法は家制度を定めた保守的な法典であり、戦後、

日本国憲法の命じる自由と平等の原則に合わせて家制度を廃止した現行民法は、家族法の姿を一変させたものと理解されている。しかしそれは「家」制度を創設した明治民法のイデオロギー的な威力に着目した、一面的な真実にすぎない。母法と比較したときに浮かび上がる民法としての日本法の特殊な性格は、明治民法と現行民法に共通している。その特殊性とは、家庭内における人権侵害を防ぐために、弱者の権利を確実にまんべんなく保障する機能をもたないこと、つまり弱者保護のための国家介入が担保されていないことである。

とはいえ、たしかに戦後の民法改正が、相続法において家督相続を廃止し配偶者相続権を設けたことは、日本法においては大きな改正であった。その結果、配偶者の財産的権利は、相続時に初めて具体化することになる。もしこの違憲決定の事案で、西欧法水準の婚姻保護があったなら、妻は十分な生活費と居住権を保障され、離婚後の生活にも不安がないような離婚給付を受けとって、被相続人夫婦はもっと早くに離婚していたであろう。日本家族法にはそのような婚姻保護がないため、本件においても、相続段階になって相続財産をめぐる嫡出家族と非嫡出子の熾烈な対立が生じたといえる。

昭和55年の相続分改正をめぐる相続財産の必要性の変化は、最高裁判旨のいうとおりである。しかし判旨は「婚姻、家族の形態が著しく多様化しており、これに伴い、婚姻、家族の在り方に対する国民の意識の多様化が大きく進んでいる」と続けるが、この点についても彼我の差は大きい。日本では、老人の子ども世帯との同居率が減少して、老人世帯の家族の在り方は変化して多様化した。昭和期の高い婚姻率は失われて、晩婚化、非婚化、少子化という変化もたしかに生じている。しかし、日本社会では、西欧社会のように婚姻の形態は多様化していない。ヨーロッパ社会のように事実婚夫婦から子が出生することが一般的になることはなく、アメリカ社会のように父親のいない未婚母子家庭が階層的に存在することもない。日本では、非嫡出子の出生率は依然としてごく少数にとどまり、異性と安定的に同棲する独身者の比率も少なく、法律婚と事実婚が拮抗して存在するような事態には遠く及ばな

い。戦後、サラリーマン家庭が増加して多数派となり、さらに高度成長期を通じて長時間労働に耐える男子基幹労働者とシャドウワークを担う非正規雇用の女子労働者という労働形態が一般化した³⁾が、現在では家族を養える給与を安定的に稼げる男子基幹労働者は少なくなっている。雇用機会均等法以来増加した女子基幹労働者は仕事と家事育児労働の両立ができず、無収入の専業主婦を養える男子基幹労働者が減少して、結果として晩婚化、非婚化が進行したが、このような変化は、西欧社会に見られるような、婚姻に関する意識の多様化とはいえないだろう³⁾。

婚姻制度との関係については、岡部補足意見が国内外の事情の変化として「婚姻共同体のみを当然かつ一般的に婚姻外共同体よりも優遇することの合理性」の減少について抽象的に述べている。しかし、西欧法の変化は、婚姻の保障する強力な国家介入を嫌って、またキリスト教の伝統からの離脱もあって、事実婚を選択する当事者が増加したが、子を保護する必要から事実婚夫婦にも国家が介入するようになったことなのであって、無力な家族法の下でせいぜい「世間の目」による秩序に依存してきた日本法とは、根本的に状況が異なっている。このような最高裁の判旨のゆがみは、従来の家族法学説の議論を反映したものであったのかもしれない。

II 家族法学に見られる法律婚と事実婚の認識

大村敦志⁴⁾は、日本の家族法学をアンチモダン・プロトモダン・ポストモダンの三者対立によって分析している。この大村敦志の興味深い分類は、「家」と婚姻家族と事実婚＝自然家族の三者対立とほぼ重なるだろう。すなわち、アンチモダンは「家」を、プロトモダンは婚姻家族を、ポストモダンは事実婚＝自然家族をそれぞれ家族のプロトタイプとして考え、正当化しよう

3) 男女共同参画法の立法は、少子化対策として実現したものであったろう。水野紀子「家族法の本来の機能の実現——男女共同参画社会へ向けて」ジュリ1424号46-53頁（2011年）。

4) 大村敦志「日本民法の展開(Ⅰ)民法典の改正——後二編」広中俊雄＝星野英一編『民法典の百年Ⅰ』177頁以下注（109）（有斐閣、1998年）。

としている。自民党右派が、本稿冒頭に引用したように、相続分を平等化することによって「家族制度が崩壊しかねない」というとき、その「家族制度」の背景には、婚姻制度よりむしろ「家」意識が見え隠れする。法律婚と事実婚の差別解消を求める二宮周平らの立場は、ポストモダンに分類され、筆者の立場は、プロトモダンに分類されることになろう。

星野英一は、日本の家族法学には4つの家族観・家族法観があったと分析する⁵⁾。すなわち、①古くからの「家」的意識、②啓蒙主義的家族観、③最近の「新しい」家族観、④西欧の家族法・家族観を見直し、それを意識的・無意識的に存在する伝統的家族観と対比して、今後の家族法を考える基礎を確立しようとするもの、という4つである。①「家」的意識の立場は日本の社会には根強くあり、先述した自民党右派はこの立場を代弁するものであろうが、この立場を採る民法学者はほとんど存在せず、大村敦志の分類ではアンチモダンにあたるだろう。②啓蒙主義的家族観の立場は、中川善之助以来の日本の家族法学の主流である。③「新しい」家族観は、大村敦志のいうポストモダン学派がそれにあたるであろうし、④の立場として挙げられているのは、筆者の学説である。本稿では④西欧法対比説と称することにする。

大村敦志の分類と星野英一のそれを重ね合わせると、アンチモダンと①「家」的意識、ポストモダンと③「新しい」家族観はそれぞれ重なるであろうが、プロトモダンは重層的で、②啓蒙主義的家族観と④西欧法対比説の立場が入るように思われる。しかし②啓蒙主義的家族観と③「新しい」家族観は、法律婚と事実婚の理解においては共通しており、④西欧法対比説と大きく異なる。

伝統的な日本の家族法学説、つまり②啓蒙主義的家族観に基づくものと星野英一によって位置づけられた中川善之助に代表される通説は、「家」制度に対抗して核家族を重視することに力を注いできた。中川善之助は、「事実の先行性」を尊重する事実主義に基づく身分法の体系を構築したが、これは、戦

5) 星野英一『家族法』6頁（放送大学教育振興会、1994年）。

前の明治民法における「家」制度を立法論的に批判することを超えて、学説の解釈論によって「家」制度の条文を空文化することを目的としたものであったといえる。しかし、この身分法の体系、いわゆる中川理論は、民法の解釈学説としては、民法の条文を事実によって空文化するという大きな問題性をはらむものであった⁶⁾。また戦前の明治民法の解釈においては、「家」制度を空文化する目的ゆえの大胆な解釈はなんとか正当化され得たとしても、戦後において通説となった中川説は、たとえば事実婚に婚姻の効果を準用する内縁準婚理論にせよ、破綻した婚姻を離婚と同様に扱う外縁理論にせよ、婚姻制度の意義を失わせかねない解釈論であり、プロトモダンの学説としても適切であったとはいいがたい。

しかしこのような伝統的プロトモダン学説への内在的な批判は、同様にプロトモダンの立場に立つ④西欧法対比説の学説が批判を始めるまでは、表立つことはなかった。それより有力であったのは、戦後の日本国憲法に基づく家族法改正をより徹底すること、具体的には憲法の要請する自由と平等をより強く押し進める学説傾向であり、具体的には戦後改正後も残ったわずかな差別規定（男女別婚姻適齢、非嫡出子の相続分不平等など）への立法論的批判であった。この学説傾向は、やがて婚姻家族に対して自然家族の正当性を述べることによって、日本の女性達の地位向上ないし平等化を進めようとする③「新しい」家族観へと発展することになる。

このポストモダンというべき③「新しい」家族観の立場には、近代家族内部での妻の隷属に対する批判や婚姻家族を守ることが性別役割分業の肯定につながってしまうという批判も含まれている。近代家族といわれる構造が、性別役割分業をはじめとする男女差別を内包してきたことは否定しないとしても、③「新しい」家族観の学説が唱える民法学説は、②啓蒙主義的家族観の通説と、民法学としては、とりたてて異なるものではなかった。③「新しい」家族観の学説は、立法論として、さらに一部の学説は憲法の適用による

〔6〕 水野紀子「中川理論—身分法学の体系と身分行為理論—に関する一考察」『山田正男先生・五十嵐清先生・藪重夫先生古稀記念 民法学と比較法学の諸相Ⅲ』（信山社出版、1998年）

解釈論としても、平等化の徹底を主張したが、婚姻適齢を男女平等に改正しても、非嫡出子相続分を平等化しても、家族内部での夫婦の実質的不平等が是正されることはない。これに対して④西欧法対比説は、西欧法と比較したときの日本家族法の特徴、具体的には協議離婚制度や血縁主義に基づく実親子法解釈などを批判すべき問題点として取り上げ、国家介入によって実質的平等や子の身分保護を図るべきことを主張する。

なお③「新しい」家族観の学説は、夫婦同氏を定める民法750条も批判の対象として、民法750条の適用を免れる事実婚を推奨した。ただしプロトモダンとされる④西欧法対比説の学説も、民法750条を批判する点では変わりはない。民法750条は、条文の書きぶりは男女平等になっているために憲法違反という指摘を免れてきたが、実際には「家」意識を存続させ、妻に夫の両親の介護労働などの無償労働を義務づける意識を温存した。③「新しい」家族観は、このような日本の婚姻制度がもつ機能を批判的に見て、妻の従属性をもたらし婚姻家族への批判を強めることになったものと思われる。しかし事実婚であれば男女平等な夫婦関係が保障されるわけではない。仮に事実婚家族が事実上男女平等な夫婦関係を実践できていたとしても、それは妻が常勤労働者で経済力がある場合や夫婦別姓を実践するような平等意識を持つ夫である場合であるからではなかろうか。事実婚家族が婚姻家族にはない夫婦平等を確保できるのは、夫婦がそれぞれの氏を維持できるという一点のみである。

民法750条の夫婦同氏強制制度が憲法違反という批判を免れてきたことも、日本の憲法論の特徴であったのかもしれない。婚姻の自由という人権と人格権である氏名権という人権が実際には衝突していることから、この条文は憲法違反という主張もできたはずであるが、憲法を根拠にしたこのような議論は、夫婦別氏選択制に賛成する学説のうちで、少なくとも大勢となることはなかった。③「新しい」家族観の背景となっているのが、日本国憲法の自由と平等の理念であるように、憲法から家族法への働きかけにおいては、もっぱら自由や機械的平等が要請された。そのときの自由も国家権力からの形式

的自由が主となる自由であったといえよう。

かつてマルクスが「憲法のどの条文も、自分自身のうちにそれ自身の反対命題、それ自身の上院と下院を、つまり一般的な決まり文句の中には自由を、傍注の中には自由の廃止を、含んでいるのである」⁷⁾と言ったように、憲法の大文字の正義は、そのうちに反対命題を含まざるをえない。また憲法のいくつかの理念には構造的に相互矛盾が存在しうるのであって、自由と平等の両立が難しい場面は少なくない。さらに自由と平等という理念と比較して、基本的人権の尊重という要請は、日本の家族法学においては、あまり主張されなかった。日本においては、家族法領域に対する憲法の働きかけは、もっぱら矛盾と限界を自覚しない自由と平等の形式的な適用が多かったように思われる。実質的な自由が存在しない場面で、合意の自由が正当化根拠となり、形式的な平等が、経済的弱者から実質的な平等を奪っても問題にされなかった。つまり国家が私人間、とりわけ家族間に介入することによって、基本的人権を守る義務があるという憲法的要請が前面に出ることはなかったのである。平等が機械的に主張されるとき、他の人権や法益が配慮されない可能性がある。たとえば婚姻適齢の相違を問題視するとき、少女が妊娠した場合に婚姻をして出産する可能性を認めることが母子のニーズに合致するという法益は無視されがちである。また本稿の対象である最高裁違憲決定が、夫婦財産別産制のもとで比較法的にはきわめて劣悪な財産的地位にある生存配偶者から、住み慣れた住居で老後を過ごせる居住権を奪う可能性には手当が必要である。

基本的人権を尊重する憲法上の義務は、家庭内の暴力から被害者を救出する責務を国家に負わせるためにも働いたはずである。しかし日本国憲法による家族法に対する要請は、日本ではもっぱら自由と平等という理念だけが、それも国家からの自由と形式的平等という形で主張された。形式的な自由と平等は、他人同士の間では守られるべき規範であり、治安維持法等の戦前の

7) 植村邦彦訳カール・マルクス『ルイ・ボナパルトのブリュメール18日』38頁（平凡社、2008年）。

経験が教えるように、国家からの自由も大切な理念ではある。しかしそれだけが家族法に適用されたときには、法によって守られるべき弱者がむき出しの力関係の中に置かれることになる。自由と平等という憲法上の理念を直接に家族法へ適用することには、警戒が必要である。家族は、乳幼児を典型とする絶対的な弱者のケアと、そのケアを担う者の負担という構造を内包している。ケアと依存が密接に絡み合った家族関係に、自由と平等を形式的に適用することは、法による保護を否定することになりかねない。日本家族法の方方向性を考えるときに憲法上の要請として働くべき理念は、自由と平等よりもむしろ基本的人権の尊重であろう。

もっとも基本的人権の尊重という概念も多義的で多面的である。暴力の被害者を救済する場面では端的に用いやすいであろうが、家族間の他の場面では、他の法益と衝突してより微妙になる。たとえば配偶者の不貞行為が他方配偶者を深く傷つけたとしても、他方配偶者の精神的利益は、配偶者および配偶者の不貞行為の相手方の恋愛の自由と衝突する。しかし、それも程度問題であり、妻子の保護がきわめて不十分な日本法では妻の経済的地位が脆弱なため、たとえば妻妾同居を強いられても妻が甘受せざるをえなかったとしたら、妻の基本的人権ないしは個人の尊厳が侵害されているといえるであろう。最高裁違憲決定は「個人の尊厳」を繰り返すが、それはもっぱら婚外子の平等権という意味であり、この概念の利用の仕方は、憲法学者が早くも危惧するように違憲判断を下すには過大で無限定な概念利用である一方で⁸⁾、平等権以外の人権内容の相互衝突には無頓着な使用例であって、日本家族法がもっとも必要としている基本的人権の尊重とはむしろ距離があるのではなからうか。

プロトモダンの④西欧法対比説の立場は、同様にプロトモダンと位置づけられる②啓蒙主義的家族観の立場がグランド・セオリーと理念に力を入れたのとは異なり、家族法が果たすべき家庭内の弱者を保護する機能を具体的

Ⅱ 8) 蟻川「婚外子法定相続分最高裁違憲決定を読む」・前掲注 1)。

に探ることが主な仕事内容であった。家族法がもつそれぞれの制度が、母法においてどのような機能を果たし発展してきたのかを、日本法と対比して、議論するものである。たとえば、日本家族法は内容を「協議」に委ねる白地規定が多く、「協議」を多用することで形式的には平等な規定になっているが、それは条文を適用することによって紛争を解決する民法の本来の役割に反する特殊な規定ぶりである。母法であるフランス法やドイツ法は、夫婦ないし両親の意見が一致しなかったときの決定権限を書き込む必要から、日本法より長らく男女不平等な規定を多く維持していた⁹⁾。そしてそれを平等に改めるために、母法は主に司法判断を介入させて解決する方向に改正されていったが、それらの国と同様の司法介入による解決が日本法の貧弱な司法インフラで可能とは思われない。しかし現代社会の家族や育児環境は同じような問題を抱えているのであり、司法インフラ条件の異なる日本法であっても、比較法によって日本の問題点とあるべき方向性を把握していれば、努力の方向を間違える危険は少なくなるだろう。

母法における家族法の機能には、近代憲法成立以前からある古い制度から近年の家庭内暴力に対応する改正まで、家庭内の弱者保護という性格、憲法用語でいえば基本的人権の尊重という要請に対応する機能を果たす側面がある。そのような機能は、母法においては多く家族法の「公序」として語られるものであり、ルーツとしてはカノン法がローマ法や古いゲルマン法に対するアンチテーゼとして形成した婚姻の尊重であり妻の地位の保護に由来するものが多いように思われる。そしてまさにその機能が、日本法においては明治民法から現行法まで欠けているものであり、そういう日本独自の家族法を前提とするからこそ、婚姻制度の存在意義を否定する③「新しい」家族法観も有力になったのではなかろうか。

婚外子相続分差別規定については、有力な民法学者が少なからず合憲説をとっていた。合憲説の論拠は、主に婚姻という制度論の視点であり、憲法学

9) 30年近く前の古い論文であるが、水野紀子「男女平等と家族法」『女性の現在と未来』ジュリ増刊総合特集58頁以下（1985年）。

者の違憲論と民法学者の合憲論がなかなかかみ合わないのは、合憲説と違憲説の相違を家族観の対立という枠組みでとらえがちであって、この制度論の視点から論じなかったためであるように思われる。

制度は、国家でも婚姻でも、その構成員と構成員外のメンバーに一定の差を設ける。婚姻制度は、その制度内に入った当事者に強い権利義務を課して他人間と異なる関係を構築するものであり、その権利義務の行使を国家が担保することによって、家族を保護する制度である。欧米家族法においては、積極的な国家介入によって手厚く婚姻家族が護られる。具体的には、家族間の扶養義務履行に公権力が協力し、その懈怠に刑事罰をもって臨むとともに、離婚をすべて裁判離婚として国家監視のもとにおき、離婚後の扶養や離婚給付を確保する。さらに近年は、DVや児童虐待の加害者の自由を侵害しても被害者を護ることを、人権を守る憲法上の任務として公権力に要請する。このような西欧法の視点から見たとき、公権力がまったく介入しない「非常識」な日本の協議離婚制度は、人権の尊重という観点から違憲の疑いをもって論じられるかもしれない。法律婚をする自己決定は、家族という私人関係への積極的な国家介入を受諾する制度的契約にあらかじめ同意することを意味する。事実婚の選択は、このような国家介入を拒絶することを選択する自己決定であるにすぎない。したがって法律婚と事実婚の内容は異なるのが当然であり、事実婚が増加することは法律婚の内容を弱めることを意味しない。

Ⅲ 制度論と法の支配

相続分差別規定に関する合憲説は、婚姻制度による家族保護を重視し、嫡出推定がそうであるように、制度的保護が配偶者のみならず婚姻から生じた子に及ぶこともありうると考える。自由や平等や人権保障という憲法的要請の内部にも相互に対立する矛盾はある。民法は多くの対立矛盾する法益の調整を行う基本法であるから、相続分差別が子の平等原理と触れることを重視

して改正されるべきだとしても、少なくとも立法によって行われるべきであり、ただちに違憲無効とはいえないとするのが、合憲説の立場である。

日本法のような弱い婚姻制度のもとでは、婚姻の意味は、戸籍上の配偶者という地位を得ることに集中される。プライバシーを考慮しない戸籍制度が日本社会でもつ意味は非常に大きかった。「家」制度や氏の強制的変更を強いる夫婦同氏強制制度への反発が事実婚の選択と結びつき、社会的差別を助長する戸籍制度の弊害が婚姻制度と混同される傾向があった。事実婚の出生子が非嫡出子となることが事実婚選択への障害となることは自己決定の侵害であるという、比較法的に見ると類を見ない自己決定権に関する主張も一部に行われた。婚姻制度の彼我における相違が、このような議論の錯綜を招いたように思われるが、さらにいえば、制度論の背景にある近代法における法の支配、法治主義に対する理解が、④西欧法対比説とそれ以外の立場とでは異なるように思う。すなわち、自民党右派の「事実婚が増加し、家族制度が崩壊する」という危惧のみならず、③「新しい」家族観の学説による「相続分差別が事実婚の自己決定を妨害する」という主張も、社会における事実上の差別と法律婚の効果を同視ないし混同しているように思われる。

事実婚によって婚姻制度が相対化されるということと、婚姻制度が弱まるということは異なる。西欧社会において事実婚が増加することによって、婚姻制度が弱くなったり崩壊したりしたわけではない。相変わらず婚姻制度は強固であり、婚姻の保障する国家介入は強烈である。その強烈な国家介入を望まず、自由に家族形成と解消をしようと事実婚を選択する人々が増加したにすぎない。そして近時の西欧法の家族法改正は、国家介入を拒絶する事実婚にも、その間に生まれた子の保護のために、親権行使の場面では国家が介入しようとする努力である¹⁰⁾。法律婚のみならず事実婚へも法的介入が行われるようになったことは、法律婚の崩壊を意味するものではなく、法律婚を選択する当事者は、夫婦財産制においても離婚法においても、手厚い国家介

10) 水野紀子「家族」北村一郎編『フランス民法典の200年』（有斐閣、2006年）。

であったが、最高裁は、立法の不作为を待てないと判断したものと思われる。

この最高裁の判断においては、これまで述べてきたように民法の制度論についての理解があまりにも薄いと言わざるをえない。婚外子差別はもとより否定すべきものではあるが、その手段として民法の相続分規定を違憲無効とする必要があったろうか。日本の家族法学には、あまりにも脆弱な婚姻制度ゆえに、かえって法による秩序ではなく、世間の圧力による秩序しか考えない傾向があった。個人の自由に委ねるべき領域への謙抑性と、個人の人権を守るために法による介入を行うべき領域の積極性について、法の支配という観点から厳密に考える習慣を欠いていた。そのような傾向は、その時代に正義とされることについて、それが「世間」の圧力となったとき、その正義と矛盾する他の法益との慎重な調整ができない脆弱性となる。近代法継受以前の日本の「古層」が、このような傾向の底流に流れているのかもしれない。そしてナショナリズムという最強の「世間」の空気が強まりつつある昨今の気配の中で、最高裁が短期間に少数意見のない全員一致の大法廷決定となったことにも、この「古層」が蘇ったような漠たる不安を感じるのである。

(みずの のりこ)